

訴訟上の和解と監査役の権限

Settlements and Corporate Auditor's Rights and Duties

松 山 三和子

目 次

- 1 はじめに
- 2 立法の経緯
- 3 代表権限
- 4 和解条項と監査役の権限
- 5 結語に代えて ― 濫用防止策

1 はじめに

会社法上、取締役の会社に対する責任を追及する訴訟（以下、取締役責任追及訴訟という）は、会社または株主（公開会社では原則として6ヶ月前から引き続き株式を有する株主（会社法847条1項・2項））が提起することができる。そして、当該訴訟においては、会社が提起する場合は株主が、また、株主が提起する場合は会社および他の株主が、共同訴訟人または補助参加人として訴訟参加することができる（会社法849条1項）⁽¹⁾。当該訴訟継続中に訴訟上の和解ができるかどうかについて、平成13年商法改正以前は見解の対立があったが⁽²⁾、この問題は同年改正で立法によって解決された。すなわち、訴訟上の和解が認められること、会社が当事者であるときはその和解は確定判決と同一の効力を有すること（会社法850条1項、民事訴訟法267条）、会社が当事者

でない代表訴訟においては、裁判所が会社に対し原告株主と被告取締役との間の訴訟上の和解の内容を通知し異議申立ての催告をすることを要し、通知があったときから2週間以内に会社が異議を述べなかったときは和解を承諾したものとみなすこと（会社法 850 条 2 項・3 項）、および、これらの訴訟上の和解には取締役の責任の免除に株主全員の同意を要する旨の規定の適用がないこと（会社法 850 条 4 項・55 条・120 条 5 項・424 条・462 条 3 項・464 条 2 項・465 条 2 項）が明定された⁽³⁾。

しかし、これらの規定が定められた後も、監査役設置会社における訴訟上の和解については次のような問題がある。会社が取締役責任追及訴訟を提起するときに会社を代表するのは監査役であり（会社法 386 条 1 項）⁽⁴⁾、その訴訟継続中に和解をする場合も監査役が会社を代表する。これに対して、会社が代表訴訟において取締役側に訴訟参加するときに会社を代表するのは代表取締役であるが、その訴訟継続中に和解をする場合に会社を代表するのは、代表取締役であるか、それとも監査役であるか、明らかでない。また、監査役が和解について会社を代表する場合、和解の内容には業務執行行為に係る条項が含まれることがあるため⁽⁵⁾、これらの条項に係る監査役の権限義務をどのように解すべきか問題になる。さらに、立法論上の問題として、会社法が定める和解の濫用防止策で足りるかも問題になる⁽⁶⁾。これは監査役設置会社に限られることではないが、会社法では監査役に不当な和解を防止する機能が期待されていることとの関係で、この機能の実効性にとくに疑義がある。

本稿では、まず、平成 13 年の商法改正において訴訟上の和解に係る規定が設けられた経緯を見た後、上記の問題について検討する。本稿の対象は、公開会社の監査役設置会社における取締役責任追及訴訟継続中の訴訟上の和解であり、以下で単に「和解」と述べるものは訴訟上の和解を指す。

2 立法の経緯

平成 13 年 11 月改正商法は、バブル経済崩壊を経て日本経済の建て直しが主

張される最中、議員立法という形で成立したもので、代表訴訟制度の合理化を図るため等として同制度に関わる修正等が行われた。

同改正は、平成9年9月8日に自民党法務部会の「商法に関する小委員会」が公表した「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」に端を発する。ここでは、代表訴訟継続中の和解に関して、同原則4において、「〔監査役会の訴訟判断権〕株主は、株主総会を通じ、取締役等に対する個人株主の訴訟の妥当性に関する一定の判断権及び提訴権を監査役会に委ねる」とし、その中の同規定9で「（監査役の和解提案権）株主代表訴訟に関し、監査役会は株主総会に対し和解の提案を行うことができる」こと、および、同規定10で、「（監査役の責任減免提案権）株主代表訴訟の判決による取締役の損害賠償責任に関し、監査役会は株主総会に対し減免の提案を行うことができる」ことが提言された⁽⁷⁾。同試案骨子に対応する形で、同年9月16日に経団連は「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」を公表したが⁽⁸⁾、その後学会からは同骨子に対する批判的な意見が提出された⁽⁹⁾。これらの提言を踏まえて、平成10年6月1日に同小委員会は「企業統治に関する商法等の改正骨子」⁽¹⁰⁾を、平成11年4月15日に同小委員会は「企業統治に関する商法等の改正案要綱」を公表したが⁽¹¹⁾、ここでは上記の規定9・10についての言及はされなかった。ところが、平成13年5月30日に衆議院に提出された「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律案」および「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備に関する法律案」では、和解に関する規定が設けられていた⁽¹²⁾。同法律案の第三「株主の代表訴訟制度の合理化の会社」の三「公告又は株主に関する通知（第268条第4項関係）」では、「会社は、取締役の責任を追及する訴えを提起したときは、遅滞なく、訴えの提起をした旨を公告し、又は株主に通知しなければならないものとする。株主代表訴訟の告知を受けた会社についても同様とする」とし、同四「訴訟上の和解における取締役の責任の免除（第268条第5項から第7項まで関係）」では、「1 取締役の責任を追及する訴訟につき会社が和解をする場合については、第

266 条第 5 項の規定は適用しないものとする（第 5 項関係）。2 株主代表訴訟について和解をする場合において、会社がその和解の当事者でないときは、裁判所は、会社に対し、和解の内容を通知し、かつ、その和解に異議があれば 2 週間以内に述べるべき旨を催告しなければならないものとする（第 6 項関係）。3 会社が 2 の期間内に書面をもって異議を述べなかった場合は、2 による通知の内容をもって株主が和解することを承認したものとみなすものとする。この場合においては、1 を準用するものとする（第 7 項関係）」とした。

上記法案は、平成 13 年 11 月に民主党との協議に基づき、責任限度額の引上げや、株主総会による責任免除を特別決議にするなどの修正がされた上で可決・成立し、同年 12 月 12 日に改正法は公布された。法案提出者は、平成 13 年改正商法において訴訟上の和解を正面から認めた理由を、「全体として会社および株主の利益の合致し、かつ、訴訟経済にも資することから、会社および株主の利益に配慮するための一定の手續に服させつつ、和解が可能であることを明らかにした」ものであると述べている⁽¹³⁾。この一定の手續とは、会社による取締役責任追及訴訟の提起時および代表訴訟の提起時に、公告または通知により株主または会社に訴訟参加の機会を保障したこと、代表訴訟において、被告取締役側に会社が補助参加するときに監査役全員の同意を要求したこと、および、会社が和解の当事者でない場合には、裁判所が会社に対し和解の内容を通知し異議申立ての機会を保障したこと、を指す。

なお、平成 13 年改正商法とは別に進められていた商法改正作業において、昭和 61 年 5 月 15 日に法務省民事局参事官室によって公表された「商法・有限会社法改正試案」の二 11 注(1)では、訴訟上の和解における取締役の責任免除は株主総会の特別決議で足りるものとするのが検討課題とされていた。同試案の解説によれば、株主による取締役の責任免除は会社債権者を害する場合はできないものとし、会社債権者を害さない場合は原則に戻って総株主の同意により取締役の責任を免除できるとした上で、訴訟上の和解でこの責任を一部免除することについて関係者の間で合意が成立していたような場合は、合意の妥当性に関し裁判所のチェックを経ていることを評価すると、総株主の同意まで

要求する必要がないと思われるので、上記の事項を検討課題とした⁽¹⁴⁾。

平成 17 年会社法の制定に関しては、平成 15 年 10 月 22 日に法制審議会会社法（現代化関係）部会から「会社法制の現代化に関する要綱試案」が公表された⁽¹⁵⁾。代表訴訟に関しては、「イ いわゆる『訴訟委員会制度』の導入、ロ 株主代表訴訟の原告適格の見直し、ハ 担保提供制度」が検討課題として採り上げられただけであり、訴訟上の和解については平成 13 年改正法がそのまま引き継がれた。会社法と平成 13 年改正商法とを比較すると、会社法の条文の文言では会社法 850 条等に以下のような僅かな修正が加えられただけである。平成 13 年改正商法では、裁判所が、会社に対し、和解の内容を通知し異議申立ての催告をしたにもかかわらず、会社が異議を述べていないときにおいて、会社が当該和解を承認したものとみなされる旨を定めるだけであったが（平成 13 年改正商法 268 条 6 項・7 項、会社法 850 条 2 項・3 項）、会社法では、その会社の承認があったときは、民事訴訟法 267 条の規定が適用され、その和解に確定判決と同一の効力が生ずることを明定した（会社法 850 条 1 項）。また、同年改正商法では、総株主の同意があっても取締役の責任を免除することができない旨の規定は訴訟上の和解に適用されないと定めるだけであったが（平成 13 年改正商法 266 条 5 項、会社法 850 条 4 項）、会社法では、取締役等の違法配当等に関する責任については、分配可能額を超える部分は訴訟上の和解することができないことを明定した（会社法 850 条 4 項かっこ書）⁽¹⁶⁾。さらに、同年改正商法では、訴訟参加の機会を保障するために、会社が提訴する場合および株主から提訴の訴訟告知を受けたときは、株主に対し公告または通知を要すると定めるだけであったが（平成 13 年改正法 268 条 4 項、会社法 849 条 3 項）、会社法では、公開会社でない会社においては株主へは、公告ではなく、通知による旨が明定された（会社法 849 条 5 項）。このほかにも、同改正商法は、株主勝訴の場合に代表訴訟を提起した株主または弁護士が費用・報酬を相当の範囲で会社に請求することができる旨を定めるだけであったが（平成 13 年改正商法 268 条ノ 2 第 1 項）、会社法は一部勝訴の場合にもその請求ができることを明定した（会社法 852 条 1 項）。

3 代表権限

(1) 会社が和解の当事者である場合

会社が取締役責任追及訴訟の当事者であるときには、①自ら当該訴訟を提起する場合と、②代表訴訟において訴訟参加する場合とがある。①の場合には、会社を代表するのは監査役であり（会社法 386 条 1 項）、当該訴訟係属中に和解をするときに会社を代表するのも監査役である。この和解をするときに、会社を代表する者が誰であるかを定めた明確な規定はない。一般に、会社法は、取締役から独立した立場にある監査役によって訴訟に関する行為が公正に行われることを期し、また、業務監査権の延長ないし補完として、和解も含めた強行手段を監査役に与えていると解されている⁽¹⁷⁾。②の場合には、会社が、(イ)株主の側に訴訟参加するときと、(ロ)取締役の側に訴訟参加するときとがある。会社を代表するのは、(イ)は監査役、(ロ)は代表取締役である。代表訴訟の提起は、提訴しようとする株主が会社に対し取締役責任追及訴訟の提起を請求し、会社が不提訴の判断したことが要件とされるため（会社法 847 条 1 項）、(イ)のように会社が株主の側に訴訟参加することは通常は考え難い。(ロ)の取締役の側に訴訟参加する場合は、会社は、共同訴訟人ではなく、補助参加人になる（会社法 848 条 2 項参照）。この場合、会社が取締役に對し責任を追及するのではないこと、および、会社が取締役側に補助参加するには監査役全員の同意を得なければならない旨を定めていること（会社法 849 条 2 項 1 号）から、会社を代表するのは原則に戻って代表取締役になると解される⁽¹⁸⁾。これと異なる見解は見当たらないが、当該訴訟係属中に和解する場合にも代表取締役が会社を代表するのは必ずしも明らかではない。明文の規定がない以上、原則に戻って代表取締役が会社を代表すると解する見解もある⁽¹⁹⁾。代表取締役が会社を代表して訴訟参加を行っているのであるから、その訴訟行為に関する和解についても代表取締役が会社を代表すると考える余地はある⁽²⁰⁾。また、和解の内容には実質的に取締役の責任の免除（一部免除を含む）が含まれるのがふつうであり、

これは本来業務執行行為であることにかんがみると、代表取締役が和解の権限を有すると解することは理由がないともいえない。しかし、補助参加人は、被参加人を勝訴させることによって自身の利益を守るために、当事者に由来しない独自の権限をもって訴訟に関与する存在であり、その地位は当事者に近いが、他人間に係属している訴訟を前提にし、これに付随して訴訟を迫行する者であり、自身の請求を持ち込んでこれについて主張・立証を行う存在ではないので、本来の意味での当事者ではない⁽²¹⁾。会社法 850 条 2 項は、会社が和解の当事者でないときは、裁判所が会社を代表する監査役を名宛人として通知等を行うことを要求しているため、会社が和解の当事者になるとき（特別関係人として和解に参加する場合を含む。）は、その名宛人である監査役が会社を代表すると解することができる⁽²²⁾。また、会社法が、取締役の責任の一部免除には監査役全員の同意を要件としていること（会社法 425 条 3 項・426 条 2 項・427 条 3 項）との整合性を考えると、実質的に取締役の責任の免除を含むのがふつうである和解については、監査役に制度的な関与をさせる解釈の方が適切である。したがって、(ロ)の場合も和解をするときには、監査役が会社を代表すると解すべきである。

なお、裁判実務では、会社が代表訴訟に訴訟参加していなくても和解をするときには会社を特別関係人として参加させるよう勧める可能性が高いので⁽²³⁾、結局、訴訟参加しているか否かにかかわらず、和解のときは会社が和解の当事者として参加するのが一般的ということになる。

(2) 会社が和解の当事者でない場合

代表訴訟において原告株主と被告取締役との間で和解をしようとするときで、会社が和解の当事者でない場合、裁判所は、会社に対し、当該和解の内容を通知し、かつ、それに異議があるときは 2 週間以内に述べべき旨を催告しなければならない（会社法 850 条 2 項）。この期間内に会社が書面により異議を述べなかったときは、裁判所から通知された内容で株主が和解することを承認したものとみなされ（同条 3 項）、会社も当事者以外の株主も当該和解に拘束

される。そして、会社が異議を述べたときは、当事者以外の会社および株主を拘束する和解はできない。この裁判所の通知等の名宛人は監査役であるので（会社法 386 条 2 項 2 号）、これに異議を述べるのも、これを承認するのも監査役であると解することができる。

ただ、和解には取締役の責任免除といった本来業務執行に関わる条項が含まれることから、会社が当事者でない和解に対する異議申立権は、監査役だけでなく、代表取締役にも認めることが合理的であるようにも思われる。しかし、和解を承認したりまたはそれに異議を述べたりすることは会社の対外的意思表示であり、この意思は一元的に決定することが会社運営の在り方としては適切である。とすれば、会社を代表して和解について異議等を述べることができる権限は監査役だけが有すると解すべきである。

（3）独任制との関係

監査役の権限は、監査役会の権限とされていない事項（会社法 390 条 2 項）については、個々の監査役に属するという意味で独任制である⁽²⁴⁾。したがって、解釈論としては、監査役が複数人いる会社では監査役の 1 人が会社を代表して取締役責任追及訴訟を提起する権限を有し、この者が会社を代表して訴訟上の和解をすれば、その和解は株主も拘束する効力を有すると解さざるを得ない。しかし、立法論としては、取締役の責任の一部免除に関する株主総会の議案提出に監査役全員の同意を要求していること（会社法 425 条 3 項・426 条 2 項・427 条 2 項）⁽²⁵⁾との整合性を考えると、監査役が単独で和解できるとすることは適切ではないように思われる。もっとも、裁判所の面前で行われる和解であれば、実質的には公正さが担保され、会社に著しい損害が生ずるおそれがあるような内容が含まれることは通常は考え難い⁽²⁶⁾。

また、監査役は独任制であるため、代表訴訟において原告株主と被告取締役との間で和解がなされる場合に、会社がそれを承諾するときまたは異議を述べるときも、監査役が複数人いる会社でもその 1 人がそれらの行為を行うことができる。この場合は、別の監査役が異議を申し立てれば、会社を拘束する効力

のある和解はできないので、実質的には監査役全員の同意を要求しているのとは変わらない。

4 和解の内容に係る権限

(1) 監査権限の範囲

監査役の職務は、取締役の職務の執行を監査することである（会社法 381 条 1 項）。会社法には、監査役の職務を明らかにするために、取締役責任追及訴訟に関する監査役の権限義務についても具体的な規定を置いている。会社と取締役との間の訴訟については監査役が会社を代表すること（会社法 386 条 1 項）、取締役の責任追及に係る代表訴訟の提起の事前請求を受ける者は監査役であること（会社法 386 条 2 項 1 号）、代表訴訟の訴訟告知および代表訴訟継続中の和解に係る裁判所からの通知等を受けるのは監査役であること（会社法 386 条 2 項 2 号）等である。会社法は、和解をする場合に、監査役が会社を代表することは明確に定めていないが、既述したように、取締役から独立した立場にある監査役によって取締役責任追及訴訟に関する行為が公正に行われることを期して、また、監査役の業務監査権の延長または補完として和解等をする権限も監査役に認めていると解することができる。そして、会社が当該訴訟の当事者でないときに、和解の当事者として参加する場合も（代表訴訟において取締役側に補助参加している場合を含む。）、監査役が会社を代表すると解すべきである。

ところで、監査役の監査権限については、昭和 49 年商法改正において業務監査権限が復活したが、そのとき以来監査権限の範囲は原則として適法性監査のみであると解するのが通説である⁽²⁷⁾。しかし、監査役に和解をする権限を認めるときにそのように限定することはほとんど意味がない。監査役に和解に係る権限を認めるということは、この範囲では妥当性に係る経営上の決定をする権限も認めざるを得ないからである。和解には取締役責任の免除が含まれるのがふつうであるし、和解の内容は多様である。監査役にこのような業務執行行

為に係ることまで決定させることが適切かという問題はあるが⁽²⁸⁾、会社法の解釈としては監査役が妥当性に係る経営上の決定を含む和解をする権限を有すると解さざるを得ない。といっても、監査役が行う妥当性の判断は、取締役の行う経営判断とはその内容が質的に異なる。取締役については、会社は株主総会で選任された取締役に経営を委ねて利益を追求しようとするのであるから、適法に選任された取締役がその権限の範囲内で会社のために最良であるとしてリスクの高い経営判断をしたとしても、基本的にはその判断を尊重して結果を容容すべきであり、このように考えることによって、初めて、取締役を萎縮させることなく経営に専念させることができ、その結果、会社は利益を得ることが期待できる⁽²⁹⁾。したがって、実際に行われた取締役の経営判断そのものを対象として、その前提となった事実の認識について不注意な誤りがなく、また、その事実に基づく意思決定の過程が通常の企業人として著しく不合理なもの如果不是なければ、取締役の善管注意義務に違反することはない⁽³⁰⁾。これに対して、監査役は取締役のようなリスクの高い経営判断を迫られる立場にはない。ただし、監査役も和解に際して妥当性に係る判断することを迫られるのであり⁽³¹⁾、この判断を監査役も善管注意義務を尽くし行わなければならない（会社法 330 条、民法 644 条）、監査役もまた、その権限に照らして十分な情報収集をして、相当の検討を行い、著しく不合理な結果を下さなければ、善管注意義務に違反することはない。

(2) 和解条項と監査役の権限

① 取締役会等の権限に係る条項

和解条項には内部統制システムの整備すること等の取締役会の権限に属する事項（会社法 362 条 4 項 6 号・5 項）が含まれることがある⁽³²⁾。監査役が和解を含む訴訟に関する行為について会社を代表する権限を有するということは、この範囲で対外的な代表取締役の会社代表権や取締役会の業務執行権限は制限されるということを意味する⁽³³⁾。としても、取締役会の権限である旨が法定されている事項を、和解の場合には監査役が決定できると解することは無理であ

る。ただし、監査役が取締役会決議を経ないで当該和解条項に合意したときは、代表取締役が必要な取締役決議を欠いて取引をした場合のように（会社法 362 条 4 項）、当該取引行為は内部的意思決定を欠くに止まるから原則として有効であると解し、例外的に相手方が同決議を経ていないことを知りまたは知りうべかりしときに限って無効であると解する余地もある⁽³⁴⁾。しかし、監査役は本来業務執行権限を有するものではなく、例外的に、取締役責任追及訴訟に係る和解についてだけその範囲で業務執行権限を認められる。和解における監査役の業務執行権限は限定的なものであり、法定の取締役会の業務執行権限までも監査役の権限と解するのは適切とは思われない。

いずれにしても、監査役が会社を代表して必要な取締役会決議を欠く条項を含む和解をした場合に相手方の保護を図る必要はある。上記の場合は無権代表に該当すると解しても、表見代理（民法 110 条）規定の適用等によって和解条項の効力を否定して、相手方の保護を図る法律構成が可能である。和解の効力の否定する事由は、再審事由が認められる場合に限定されると解する見解もあるが、判例は合意に関する意思表示の瑕疵等の事由も含むとする見解を採っている⁽³⁵⁾。もっとも、裁判所の面前で行われる和解について、その相手方に取締役会決議を欠くことについての悪意・過失が認められる可能性はほとんどないと思われる。

和解の効力如何の問題とは別に、監査役が会社を代表して、必要な取締役決議を欠く和解条項（会社法 362 条 4 項等参照）を合意をした場合には、監査役は法令違反により善管注意義務違反に基づく責任を負う可能性がある。このほかにも、監査役は取締役会決議に出席し、必要があると認めるときは意見陳述義務も負うので（会社法 383 条 1 項）、この権限義務の適切な行使をしなかったときも善管注意義務違反に基づく責任を負う可能性もある。

これに対して、たとえば社外監査役や社外取締役を選任といった株主総会の権限に属する事項（会社法 329 条 1 項）を和解条項とすることは、監査役の権限と解することができないだけでなく、善意の相手方の保護も原則として考慮すべきではない。取締役および監査役の選任は株主総会の専決事項であり、こ

れが監査役に委任されることはないから、株主総会で当該和解条項が承認されることをその効力発生要件とするものと解すべきであり、株主総会で当該選任議案が否決されたとしても、監査役の善管注意義務違反を生じることが通常ない。

② 取締役責任の免除に係る条項

和解には実質的に取締役の責任の免除に係る条項を含むのがふつうであり、監査役がこれを決定できると解される。取締役の責任の免除は本来取締役の業務執行権限に属する事項であり、その額によっては取締役会決議事項の当たる事項である（会社法 362 条 4 項 1 号）。しかし、会社法が、取締役の一部免責に係る株主総会決議の議案提出等について監査役全員の同意を要件としていること（会社法 425 条 3 項 1 号・426 条 2 項・427 条 3 項）、および、代表訴訟の事前請求について監査役が提訴するかどうかの判断をする旨を定めていること（847 条 1 項・4 項・386 条 2 項 1 号）との整合性を考えると、会社法の解釈としては取締役責任追及訴訟継続中の和解における取締役の責任の免除は、監査役が決めることができると解すべきである。

なお、会社法は、取締役責任を免除する際に株主全員の同意を要する旨の規定が適用されないことは明定したが、株主総会決議等を要することおよび最低責任限度額を超えて免責できないことを定める取締役責任の一部免除の規定（会社法 425 条 1 項・426 条 1 項・427 条 1 項）について適用がないことは明定していない。このため、これらの規定の適用の可能性が問題になる余地がある。しかし、これらの規定の適用もないと解すべきであるし、株主総会決議をもってしても免除を認めない免責限度額内の賠償責任についても、当事者は和解により実質的に免責できると解すべきである。なぜなら、会社法 850 条 4 項かこ書は、取締役等の違法配当等に係る責任についてだけ、分配可能額を超える部分を和解することできない旨を定めているので、反対解釈としてそれ以外の場合は額の制限はないと解することができる。また、免責限度額は取締役の責任限度額が確定することが前提であるので、その額が確定する前の段階のなさ

れる和解について免責限度額は考えることはできないという説明も可能である⁽³⁶⁾。

③ 弁護士報酬等に係る条項

和解には弁護士報酬および必要な費用（訴訟費用を除く）に関する条項が含まれることもある。和解に密接な関係がある弁護士報酬等については監査役が決定する権限を有すると解することができる。弁護士報酬等について一般的に問題となるのは、その支払方法および相当額の基準である。支払方法については、代表訴訟の場合は、被告取締役の賠償金は本来会社に支払われるものであり、弁護士はその報酬等について会社から支払を受けるべきである。そこで、被告取締役から会社に賠償金が払い込まれる前に、弁護士報酬を先取りすることの適法性が問題となり得る。このような方法は会社の利益を害するおそれがあり好ましくないとしても⁽³⁷⁾、当事者間でそのような合意をした場合に、その合意が公序良俗違反であるとまではいえず、当該和解条項は有効と解さざるを得ない⁽³⁸⁾。取締役の賠償金の会社に払い込んだ上で弁護士が会社に報酬の支払請求をするか、あるいは、弁護士が取締役に対し直接賠償金の支払を請求するかは、形式的な問題であるともいえる。現実の問題となる可能性が高いのは、取締役が形式的に会社に賠償金を支払った後で、顧問料等の名目やその他の方法で実質的に不当に高額な弁護士報酬等の支払を受けるような場合である。

弁護士報酬の相当額については、一般に、弁護士報酬の相当額は当該訴訟によって得た会社の利益を基準に算定され、勝訴株主の弁護士報酬等の償還請求に対して会社が任意に支払わない場合は、裁判所は日本弁護士連合会の報酬規定を基準に事件の難易等を考慮して相当性を判断することになり、その額は事例ごとに異なると考えられている⁽³⁹⁾。これを肯定するとしても、和解の場合は、賠償額が算定されていない段階でなされることもあるし、和解の内容も多様であるので、報酬規定を基準にすることは難しい。加えて、代表訴訟においては、監査役に相当額の判断を任せるのが適切かという以下のような問題もある。代表訴訟では、監査役は原告株主の取締役責任追及の提訴請求を拒否しているの

で、会社に対する損害回復に関心が薄くなりがちであるのに対して、原告株主またはその弁護士は個人的な経済的利益を得ることについて関心が高くなりがちである⁽⁴⁰⁾。また、通常、取締役には早く訴訟を終了させたいという要望もあり、監査役はそのような取締役の側に立っており、監査役が取締役から独立した立場に立って公正な判断をすることは期待し難い。

弁護士報酬等が相当でなかった場合は、監査役は善管注意義務違反に基づく責任を負う可能性がある。もっとも、相当額の基準は曖昧でその判断自体が困難であることを考えると、弁護士報酬等が相当額でないことを立証して、その責任を追及することは現実にはほとんど不可能であるように思われる。このほかにも、監査役は、株主の権利の行使に関し、会社の計算において財産上の利益を供与したときは利益供与罪を問われる可能性や（会社法 970 条・960 条 1 項 3 号）、不正の請託を受けて、財産上の利益を供与またはその申込みもしくは約束をしたときは贈収賄罪（会社法 967 条 2 項・960 条 1 項 3 号）を問われる可能性もなくはない。

会社法は、代表訴訟で原告株主が勝訴した場合に、必要な費用を支出したときまたは弁護士に報酬を支払うべきときは、会社に対し、その費用の額の範囲またはその報酬額の範囲内で相当と認められる額の支払を請求することができる旨を定めている（会社法 852 条 1 項）。この相当性の判断は裁判所が行う。和解後に、弁護士費用等の支払がなされなかった場合、会社法 852 条 1 項の準用ないし類推適用を認める解釈は可能である。しかし、同項の類推適用によっても、弁護士報酬等について当事者で和解しているときに、裁判所がその額を決定することができるか解するのは無理である⁽⁴¹⁾。立法論としては、とくに代表訴訟継続中の和解の場合に監査役が弁護士報酬等の相当額の公正に判断することができるか疑義があることを考えると、弁護士報酬等を裁判所が決定する旨の規定を設けることが望ましい。

なお、和解の費用または訴訟費用については、当事者が裁判所において和解をした場合、それについて定めをしなかったときは各自の負担となり（民事訴訟法 68 条）、当事者がその額を定めなかったときは、申立てにより、第一審裁

判所の裁判所書記官がその額を定める旨の規定がある（同法 72 条）。

5 結語に代えて ― 濫用防止策

会社法は、和解の濫用防止策として、①取締役責任追及訴訟の提起時における公告または通知の制度により、当事者以外の会社および株主に訴訟参加の機会を保障すること（会社法 849 条 4 項・5 項・976 条 2 号）、②取締役責任追及訴訟係属中に和解をするときには、監査役が会社を代表すること（会社法 386 条 1 項）、および、代表訴訟において会社が当事者でないときは監査役を名宛人として和解の内容の通知および異議申立ての催告をなし、会社と和解に異議を述べる機会を保障すること（会社法 850 条 2 項・3 項・386 条 2 項 2 号）、を定めている。このほかにも、③事後的には、再審制度（会社法 853 条）の趣旨に照らして、和解が当事者の通謀によって会社の権利を害する目的でなされた場合には、その効力を否定する解釈も考えられる⁽⁴²⁾。これらの制度で和解の濫用防止策として足りるか問題である。

①により、会社および原告以外の株主は訴訟の存在を知ることができるので、それを放置したならば和解の効力に拘束されるとしても、その者の利益を無視したことにはならないと考えることができるとの主張がある⁽⁴³⁾。しかし、訴訟提起のときにどのように進展するか不明である訴訟について、和解が濫用される場合に備えて訴訟参加をしておかなければならないことを一般株主に要求することは現実的ではない。

そうとしても、②により、会社に不当な和解を阻止する機会が与えられているので、元来、株主の権利は会社を通じて確保されることを考えても、濫用防止策としては十分であるとする主張がある⁽⁴⁴⁾。会社が原告となって取締役責任追及訴訟を提起するときであれば、監査役と取締役とが対立するので、監査役が取締役から独立した立場に立って、会社に株主の権利を確保することを期待できなくはない。しかし、代表訴訟は、会社すなわち経営者（取締役および監査役）の判断では株主の権利を確保することができないことを前提とする制度

であるから（会社法 847 条 1 項）、会社に和解を阻止する機会を与えたからといって、それで会社を通じて株主の権利が確保されると考えることが適切であるとは思われない。代表訴訟のように、取締役と監査役とが一体となって原告株主に対立するときは、会社に対して通知等をしただけでは、株主の権利の保護としては不十分である。

③が代表訴訟に関して認められた例はなく、現実的には同条による濫用防止を期待することは難しい⁽⁴⁵⁾。

会社法が定める代表訴訟における和解の濫用防止策が不十分であることについては、すでに多くの指摘がある。裁判所の監督下で和解交渉がなされ、裁判所が内容を認可しなければ訴訟上の和解ができないものとするもの⁽⁴⁶⁾や、和解の内容を公告または株主に通知し、異議を述べる機会を保障する制度を設ける必要があるとするもの⁽⁴⁷⁾等である。なお、裁判所は、訴訟上の和解の内容の決定を当事者に任せ切りにせず、裁判所も実質的に関与するよう努めるべきであると指摘するものもある⁽⁴⁸⁾。

裁判所の認可制度を設けるべきであるという見解に対しては、わが国で裁判所による和解のコントロールにつき、通常事件以上の裁判官の積極的な関与を要求するのは、基本的にあまり適切ではないという批判がある⁽⁴⁹⁾。また、和解の内容を公告または株主に通知し、異議を述べる機会を保障する制度に対しては、和解内容の開示については、費用や和解の内容を公けにすることが現実的でないという批判がある⁽⁵⁰⁾。上記の濫用防止策に係る提案に現実的な問題があるとしても、とくに代表訴訟では監査役に取締役からの独立した立場に立った職務遂行を期待することが難しいことを考えると⁽⁵¹⁾、原告以外の株主の利益を保護するために和解の濫用防止のための何らかの手当てが必要である。具体的には、取締役責任追及訴訟の提起時だけでなく、和解時にも和解をするについてだけ株主に対する通知または公告をし、具体的な和解の内容については本店に備え置き、一定のルールの下に閲覧を認め、また一定のルールの下に株主にも異議申立権を認めること等が考えられる。少なくとも、監査役の監査の実効性確保のためにも、和解の内容を知りたいと考える原告株主に対して、そ

れを知る機会を認める制度を設けることは必要である⁽⁵²⁾。

〈注〉

- (1) 会社が取締役の側に補助参加をする場合に、民事訴訟法 42 条に規定する「利害関係を有する」ことが必要か否かについては争いがある。最高裁平成 13 年 1 月 30 日判決（民集 55 卷 1 号 30 頁）は肯定説を採るが、会社法の立案担当者は否定説を採る（相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔『論点解説 新・会社法』353 頁（商事法務，2006 年））。
- (2) 竹内昭夫『会社法の理論Ⅲ』265 頁（有斐閣，1990 年），上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）』〔北沢正啓〕377 頁（有斐閣，1984 年），前田雅弘「株主代表訴訟と和解」法学論叢 134 巻 5・6 号 247 頁（1994 年），高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解」商事法務 1368 号 74 頁（1994 年），伊藤眞「IV コーポレート・ガバナンスと民事訴訟」商事法務 1364 号 18 頁（1994 年），新谷勝「株主代表訴訟と訴訟上の和解」判例タイムズ 883 号 40 頁（1995 年），中島弘雅「民事手続法の観点からみた株主代表訴訟」ジュリスト 1191 号 9 頁（2000 年），池田辰夫「株主代表訴訟における和解」『株主代表訴訟大系』230 頁（弘文堂，2000 年），山田泰弘『株主代表訴訟の法理——生成と展開——』95 頁（信山社，2000 年）等。
- (3) なお，訴訟外の和解をすることもできるが，訴訟上の和解の場合だけ，当該和解の効力はその当事者以外の会社または株主を拘束すると解すべきである（会社法 850 条 1 項）。会社法は取締役の責任免除について株主の全員の同意を必要とする規定を置いているので（会社法 850 条 4 項参照），会社が訴訟外の和解をしても，当事者でない株主を当然に拘束するものと解すべきではない（池田・前注（2）247 頁，太田誠一＝保岡興治＝谷岡隆義「企業統治関係商法改正法 Q&A」商事法務 1623 号 12 頁（2002 年））。
- (4) 委員会設置会社では，訴訟の当事者が監査委員である場合を除いて，監査委員会によって選定された監査委員が会社を代表する（会社法 408 条 1 項）。本稿で述べる内容は，この監査委員についても大体あてはまる。委員会設置会社でもなく，監査役設置会社でもない会社においては，原則として取締役が会社を代表することになるが（会社法 349 条 1 項），株主総会は，当該訴訟について会社を代表する者を定めることができる（会社法 353 条）。
- (5) 具体的な和解の内容について，山田・前注（2）107 頁参照。最近のものとして，<http://kabuomubu.sakura.ne.jp/archives/koube02.html>。 <http://kabuomubu.sakura.ne.jp/2008/20080530.html>。 <http://kabuomubu.sakura.ne.jp/2009/20090601.html> 等。

- (6) 河本一郎「大和銀行株主代表訴訟の和解を語る」取締役の法務 2002 年 1 月 25 日号 7 頁、江頭憲治郎『株式会社法 [第 2 版]』445 頁注(30) (有斐閣, 2007 年) 等。
- (7) 商事法務 1468 号 27 頁 (1997 年)。
- (8) 商事法務 1468 号 30 頁 (1997 年)。
- (9) 株主代表訴訟制度研究会「株主代表訴訟に関する自民党の商法等改正試案骨子に対する意見」商事法務 1471 号 6 頁・19 頁 (1997 年) は、訴訟上の和解に関して、「代表訴訟において和解を認める必要は大きいが、監査役会の提案に基づいて、株主総会が決議により和解を承認するという自民党案 I 規定 9 は、疑問である。むしろ、裁判外の和解は……一般的な取締役の責任の減免の手続によらしめることとした上で、裁判上の和解に限り、株主総会の承認がなくても、和解案を全株主に公告または通知し、そしてその内容の適切さにつき裁判所の承認を得て、和解の効力を発行させることが望ましい。そうすれば、全株主を和解により拘束することができよう。そのようなことが困難でも、最低限、代表訴訟提起時に、そしてできれば和解案作成時にも、その旨の公告を全株主に対して行う必要であろう。また、商法 268 条ノ 2 (会社法 853 条) の許害再審を裁判上の和解の場合にも適用できるようにすることも考えられよう」とする。また、黒沼悦郎 = 近藤光男 = 志谷匡史 = 正井章作 = 行澤一人「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子の検討」商事法務 1477 号 11 頁 (1997 年) も、同骨子の多くに反対するものである。代表訴訟に係る監査役による株主総会への和解提案権に関しては、代表訴訟について和解を認めるとしても、株主総会に判断を委ねることは非現実的であるとし、むしろ、監査役に裁判上の和解提案権を認めるのがよいとする (同 18 頁)。
- (10) 商事法務 1479 号 54 頁 (1998 年)。
- (11) 商事法務 1524 号 37 頁 (1999 頁)。
- (12) 商事法務 1597 頁 4 頁 (2001 年)。
- (13) 太田など・前注(3) 12 頁。
- (14) 大谷禎男「商法・有限会社法改正試案の解説(4) — 経営管理運営機構」商事法務 1080 号 16 頁 (1986 年)。

なお、昭和 25 年改正前商法は、取締役の損害賠償責任は、取締役に不正の行為があった場合を除き、かつ、決算の承認の後 2 年以内に株主総会における別段の決議のない場合に限って、解除されるものとするとともに、その責任は株主総会の特別決議がなければ免除できないものとしていた。そして、株主総会の特別決議で取締役の損害賠償責任を免除した場合でも、資本の 10 分の 1 以上に当たる株式を有する少数株主は、その提訴を監査役に請求しうるものとし、かつ、株主総会が取締役責任追及訴訟の提起を決議し、会社が提訴したときは、株主総会の

決議によらなければ取下げ、和解または請求の放棄をなしえず、また、株主総会が取締役責任追及訴訟の提起を否決した場合または株主総会が特別決議で取締役の責任を免除した場合に少数株主の監査役に対する請求に基づいて会社が提訴したときは、提訴請求株主の議決権の過半数の同意がなければ、取下げ、和解または請求の放棄をなさないものとしていた（昭和 25 年改正前商法 245 条・268 条・267 条 2 項）（北沢正啓・前注(2)355 頁）。

- (15) 商事法務 1678 号 4 頁（2003 年）。
- (16) この部分は、総株主の同意があっても免除することができない（会社法 462 条 3 項）。相澤哲編著『新・会社法の解説』別冊商事法務 295 号 219 頁（2006 年）。
- (17) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』[鴻常夫] 474 頁（有斐閣，1984 年），大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説』268 頁注 199（有斐閣，2009 年），前田庸『会社法入門 [第 11 版補訂版]』（有斐閣，2008 年）504 頁，落合誠一編『会社法コンメンタール 8』[吉本健一] 421 頁（商事法務，2009 年）等。
- (18) なお、会社と取締役とが訴訟外の和解をするときに会社を代表するのも代表取締役である。
- (19) 田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリスト 1220 号 36 頁注(30)（2002 年）。田中・同は、この場合、和解は自己取引の一種なので取締役会の承認が必要になり（平成 13 年改正商法 265 条，会社法 365 条・356 条 1 項 2 号・3 号），そして監査役は、取締役会に出席して必要なときは意見を述べることにより、不合理な和解がなされないよう監視すべきである、とする。
- (20) 前田・前注(2)253 頁。この点について、池田・前注(2)233 頁注(4)は、共同訴訟参加が可能ときに、なお補助参加の利益があるのか、また利害関係人でも和解に参加できるのに、権利主体である会社に本当に和解の権限がないといえるのか、疑問であるとする。
- (21) 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義（第 2 版補訂 2 版）』[井上治典 [補訂・松浦馨] 560 頁（有斐閣，2008 年）。
- (22) 東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟 [第 2 版]』312 頁（判例タイムズ，2008 年）。なお、浜田道代編『キーワードで読む会社法』[山田泰弘] 251 頁（有斐閣，2005 年）は、会社法 850 条 2 項の通知の名宛人が監査役であることから、少なくとも会社内部においては、和解に対する監査役の同意を得なければならない、とする。
- (23) 大阪地方裁判所商事法研究会「訴訟類型に着目した訴訟運営——会社関係訴訟——」判例タイムズ 1107 号 28 頁（2003 年）。
- (24) 大隅など・前注(17)264 頁。
- (25) 関俊彦『会社法概論 [全訂版]』333 頁注(3)（商事法務，2007 年）。
- (26) 岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリスト 1206 号 126 頁（2001 年）。

- (27) 味村治「商法の一部を改正する法律の解説(五)」法曹時報 27 卷 2 号 99 頁 (1974 年), 岩原紳作「監査役制度の見直し」『前田庸先生喜寿記念 企業法の変遷』11 頁 (有斐閣, 2009 年), 落合誠一「会社法コンメンタール 8」[森本滋] 460 頁 (商事法務, 2009 年) 等。学説について, 泉田栄一『会社法論』470 頁 (信山社, 2009 年) 参照。
- (28) 岩原・前注(27)11 頁等。
- (29) 東京地判平成 5 年 9 月 16 日判時 1469 号 25 頁。
- (30) 同上。
- (31) 監査役の監査権限の範囲については, 監査役の責任が過重なものとなり, また, 取締役会と意見が一致しない場合, 円滑な業務執行が妨げられるため, 監査役に取締役の業務執行に係る妥当性 (ないし効率性) に係る監査権限を認めないが, 会社の健全確保を中心とするコーポレート・ガバナンス関連事項については, 監査役に妥当性監査を求めることが認められるとする見解が有力である (森本・前注(27)462 頁)。取締役責任の一部免除や和解の決定なども監査役がすることになる会社法の下では, 両者を明確に区別することが難しい場合もあると思われる。
- (32) 前注(5)参照。
- (33) 鴻・前注(17)473 頁参照。
- (34) 最判昭和 40 年 9 月 22 日民集 19 卷 6 号 1659 頁。
- (35) 最判昭和 31 年 3 月 30 日民集 10 卷 3 号 242 頁, 同 33 年 6 月 14 日民集 12 卷 9 号 1492 頁。
- (36) 関・前注(25)333 頁注(5)。
- (37) 新谷・前注(2)47 頁, 竹内昭夫「株式会社の運営について」法学教室 172 号 13 頁 (1995 年), 吉原和志「株主代表訴訟」法学教室 172 号 30 頁 (1995 年) 等。
- (38) 日本サンライズ事件の和解の内容は, 被告取締役から支払を受けた損害賠償金から原告の弁護士の報酬を差し引いて, その賠償金を会社に支払うというものであった (遠藤直哉 = 牧野茂 = 村田英幸「日本サンライズ株主代表訴訟事件の一審判決と和解」商事法務 1363 号 51 頁 (1994 年) 参照)。
- (39) 金子宏直「株主代表訴訟における弁護士報酬の問題 (二・完)」民商 113 卷 3 号 63 頁 (1995 年) は, 代表訴訟で会社が賠償金を回復できたか否かは, 株主が会社に対して請求できる弁護士報酬額を判断する際に考慮すべきではない, とする。
- (40) 前注(5)参照。
- (41) 新谷・前注(2)47 頁は, 和解の場合も平成 13 年改正商法 268 条ノ 2 第 1 項 (会社法 852 条 1 項) に準じて取り扱うべきであり, 裁判所の判断がなされる前に当事者で, 弁護士報酬を賠償金から先取りするような取り決めはなしえない, とする。

- (42) 伊藤真『民事訴訟法〔第三版再訂版〕』（有斐閣，2006年）438頁，江頭・前注（6）444頁。
- (43) 谷口安平「株主の代表訴訟」『実務民事訴訟法講座5』106頁（日本評論社，1969年），前田・前注（2）268頁。
- (44) 新谷・前注（2）45頁。
- (45) 竹内・前注（2）265頁。
- (46) 岩原・前注（26）132頁，田中・前注（19）37頁等。裁判所の認可制度はアメリカ法で認められている制度である（浜田道代・関俊彦，前田雅弘訳『証券取引法研究会国際部会編訳・コーポレート・ガバナンス』〔前田雅弘〕236頁（証券経済研究所，1994年）等参照）。
- (47) 岩原・前注（26）132頁，青竹正一『新会社法』286頁（信山社，2006年）等。
- (48) 江頭・前注（6）445頁。
- (49) 高橋・前注（2）80頁注（17）池田・前注（2）243頁。
- (50) 高橋・前注（2）79頁。
- (51) 根本的な問題として監査役の取締役からの独立性・中立性に疑問を呈するものもある（岩原・前注（26）126頁等）。
- (52) 民事訴訟法 262 条 2 項は，終局判決があった後に訴えを取り下げたものは，同一の訴えを提起することができない旨を定めているので，和解の場合と同様に原告以外の株主が訴えの取下げについても知る機会を設けるべきである。なお，アメリカ法は，和解と訴えの取下げを同様に扱い，裁判所の認可を要求している（前田・前注（2）261頁等）。